

Commentaar

Vrijheid of gelijkheid? De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet en de soevereiniteit in eigen kring

M. Adams*

In België werd op 12 december 2002 een algemene antidiscriminatiewet door de Senaat goedgekeurd.¹ De doelstellingen van deze wet zijn analoog aan die van de Nederlandse Algemene wet gelijke behandeling (AWGB, die in 1994 in werking trad): de algemene invoering van de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel. Tot nog toe bestond een dergelijke horizontale werking in België slechts voor een beperkt aantal materies, bijvoorbeeld in de Antiracismewet van 1981 en de Wet gelijkheid man – vrouw inzake arbeidsrelaties. Door het zeer brede toepassingsgebied en de veelheid aan opgenomen discriminatiegronden (geslacht, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, fortuin, handicap, fysieke eigenschap, leeftijd, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, geloof- of levensbeschouwing), lijkt de nieuwe antidiscriminatiewet echter een veel fundamenteelere herijking van de Belgische rechtsorde met zich mee te brengen. De wet legt in ieder geval een verbod vast van zowel directe als indirecte discriminaties, in de mate althans dat er daarvoor, aldus artikel 2 van de wet, geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Bovendien leert artikel 3 van de wet dat er geen afbreuk mag worden gedaan aan de bescherming en de uitoefening van de in de Grondwet en in de internationale mensenrechtenconventies opgenomen rechten en vrijheden (waarover aanstonds meer).

* De auteur is verbonden aan de Faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen (maurice.adams@ua.ac.be). Dank aan Martin Buijsen (EUR) en Jogchum Vrielink (KU Leuven) voor leerrijk commentaar op een eerdere versie van deze tekst.

1 De wet heet voluit: Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding. De wet verscheen in het Belgisch Staatsblad op 17 maart jongstleden, en trad vervolgens op 27 maart in werking.

Ook in België, zoals destijds in Nederland met betrekking tot de AWGB, heeft er vinnig parlementair en maatschappelijk debat over deze wet plaatsgevonden.² Dat is niet zo vreemd, aangezien de wet vanuit een bepaald perspectief inderdaad aan de fundamentele van de liberale rechtsstaat zou kunnen raken. Want naar gangbare opvatting is het in onze samenleving weliswaar zo dat de fundamentele gelijkwaardigheid van alle individuen als belangrijk uitgangspunt van de staatsinrichting wordt genomen, maar de even belangrijke waarde van de autonomie van de mens maakt dat de belangen van de ene mens nooit helemaal zijn te vertalen in de belangen van de ander of van de samenleving. Zouden we het gelijkheidsbeginsel wel als uniek en onbetwistbaar uitgangspunt nemen van ons staatkundig bestel, dan wordt de wijze waarop anderen hun leven wensen in te richten bepalend voor de wijze waarop ik dat moet doen, met als gevolg dat mijn vrijheid en autonomie teloor gaan. In kantiaanse terminologie: anderen schrijven me dan de wet voor. De mens wordt dan echter niet langer als doel op zich gezien maar als een middel, wat een ontkenning van zijn individuele waardigheid zou betekenen.³ Vandaar dat vrijheid en autonomie vooronderstellen dat het individu in zekere mate de ruimte moet hebben om zelf, eventueel tegen de belangen van anderen in, te handelen zoals hij of zij dat goed dunkt.

In de lijn van deze redenering leggen de critici van de nieuwe Belgische wet er de nadruk op dat de beleving van de vrijheid met gelijkgestemden erdoor wordt aangetast, en dat de wet aanleiding geeft tot een juridisering van de maatschappelijke verhoudingen, en daardoor tot onvrijheid. Door de vermelde horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel zou immers worden 'ingebroken' in de burgerlijke maatschappij. Mensen zouden niet meer ten volle in staat zijn om een eigen identiteitsgebonden project uit te dragen of te beleven; traditionele structuren van zingeving en solidariteit, die ook een maatschappelijk belang hebben, worden afgebouwd.⁴ Daarmee wordt

2 Ik merk op dat in Nederland de discussie over de betekenis van de AWGB blijkbaar weer is geopend. Zie daarvoor een aantal bijdragen in het *Nederlands Juristenblad* van 20 juni 2003 (van respectievelijk Goldschmidt/Hendriks, Holtmaat en Hirsch-Ballin). De recente Nederlandse bezwaren worden naar mijn mening door de Belgische wet beter ondervangen.

3 Zo ook P.C. Ippel & P.P. Rijkema (red.), *Recht in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 36-37.

4 De vrees werd vooral verwoord door mijn Antwerpse collega M.E. Storme, in een eloquente en uitdagende tekst. Zie M.E. Storme, *Een algemene discriminatiewet vernietigt de burgerlijke maatschappij als open samenleving en leidt onvermijdelijk naar een politiestaat*. Te vinden op: <www.storme.be>. Zie tevens M.E. Storme, *De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij*, in: *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen: Maklu 2003, p. 147-185.

eigenlijk de liberale rechtsstaat zelf vaarwel gezegd, aldus nog diezelfde critici. En dit omdat het fundamentele onderscheid tussen de activiteiten van de overheid, waarin gelijke behandeling strikt vereist is, en die van private personen, die principieel de vrijheid (zouden moeten) hebben te discrimineren, wordt doorbroken. Kortom, deze wet vormt de juridische negatie van het pluralisme. Slechts door het instandhouden van een private vrijheidsruimte evenwel, kunnen menselijke waarden en deugden tot hun recht komen, kan aan zingeving, betekenisoverdracht en identiteitsbeleving worden gedaan, en kan zorg en solidariteit worden beleefd. Om misverstanden te vermijden: het is de critici er niet om te doen het belang te miskennen van de ethische vraag of bepaalde gedragingen moreel verantwoord of verwerpelijk zijn, en ook niet om de vraag of men sociale misstanden al dan niet aan de orde moet kunnen stellen. Het gaat echter wel om de vraag of dit door middel van het recht moet gebeuren.

Laat ik vooreerst benadrukken dat de bekommernissen van de critici principieel achtbaar zijn. In de mate dat een algemene antidiscriminatiewet verscheidenheid onmogelijk maakt, schiet die inderdaad aan zijn doel voorbij. In die zin merkte Hirsch-Ballin recent terecht op dat een geblinddoekte samenleving meer spanningen zal oproepen dan een gemeenschap waarin men elkaar ziet staan.⁵ De vraag ten aanzien van de Belgische wet is echter of de soep zo heet wordt gegeten als opgediend. De vraag stellen is naar mijn bescheiden mening het antwoord geven. In ieder geval behoeft de kwestie minstens nuancering.⁶

In de eerste plaats omdat het idee dat aan de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel (ruimer: van mensenrechten) ten grondslag ligt, is dat de overheid niet de enige is die beschikt over de macht om inbreuken op de gelijke beleving van grondrechten te maken. Ook onderling kunnen burgers elkaar de duvel aandoen, onder meer door discriminatie, met inbreuken op de rechten en vrijheden tot gevolg. Dat lijkt me een legitieme constatering

5 Artikel 1 in drievoud, *NJB* 2003, p. 1285.

6 De nu volgende nuanceringen laten onverlet dat er aan de Belgische wet wel degelijk ook stevige juridische bezwaren kleven. Bijvoorbeeld met betrekking tot het feit dat de wet in beperkte mate tevens een strafwet is: de belangenafweging waartoe de wet aanzet lijkt immers onverzoenlijk met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel. Voor kritische besprekingen van de wet, zie J. Vrieling, *De nieuwe Belgische antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking*, J. Velaers, *De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen*, en J. Velaers, *De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten, alledrie in: Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet, respectievelijk p. 189-244, p. 287-326 en p. 327-287*. In dit redactioneel richt ik me slechts op de kritiek met betrekking tot de maatschappelijke gevolgen van de antidiscriminatiewet.

te zijn, die redelijke mensen zullen onderschrijven. Wat dat betreft dient de nieuwe wet een objectief belang, in de mate althans dat er een moreel en juridisch klimaat door kan worden geschapen op grond waarvan vooral kwetsbare burgers niet de mogelijkheid kan worden ontnomen iets van hun leven te maken.

In de tweede plaats omdat het antwoord op de vraag of de 'soevereiniteit in eigen kring', om het eens met de gevleugelde woorden van Abraham Kuypers te zeggen, door die horizontale werking te veel of op onaanvaardbare wijze wordt aangetast, uiteindelijk vooral een empirische kwestie is. We moeten dus even afwachten voor we weten of de hoger vermelde vrees terecht is. Ik moet zeggen dat ik er enig vertrouwen in heb dat de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel door deze wet niet al te sterk wordt doorgezet. De Belgische rechter lijkt me 'vrijheidsminded' genoeg om het belang van de vrijheid te onderkennen. In ieder geval blijkt uit de voorbereidende werken bij de wet duidelijk dat het niet de bedoeling van de Belgische wetgever is geweest het politiek correcte denken te institutionaliseren. Het is in deze context wellicht tevens van belang te onderstrepen dat de Belgische antidiscriminatiewet *niet*, zoals dat in de Nederlandse AWGB wel het geval is, de algemene voorrang van het gelijkheidsbeginsel vastlegt. Althans, de Nederlandse wetgever heeft destijds ten behoeve van de rechter vrij concreet omschreven wanneer er sprake is van discriminatie en wanneer niet.⁷ De Belgische rechter wordt meer vrijheid gelaten dan zijn Nederlandse collega, en de wet biedt daarmee slechts een handvat om aan discriminaties tussen burgers onderling *eventueel* ook juridische consequenties te verbinden. Dat wil zeggen: na belangenafweging. Deze voorwaardelijkheid blijkt niet alleen uit het feit dat discriminaties alleen verboden zijn wanneer er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor bestaat, maar ook uit het wellicht wat merkwaardige artikel 3 van de nieuwe wet, dat in de inleiding al werd aangehaald. De enige echt zinvolle betekenis die aan deze bepaling kan worden gegeven is dat de rechter er inderdaad door gedwongen wordt aan belangenafweging te doen, in het besef dat er tevens legitieme belangen zijn van persoonlijke vrijheidsbeleving. De terughoudendheid van de rechter terzake werd daarmee in de wet verankerd, en de wetgever lijkt zich dus bewust te zijn geweest van de bezwaren zoals door de critici geformuleerd. Juist in het vinden van een *evenwicht* tussen vrijheid en gelijkheid ligt, meen ik, een objectief belang voor de samenleving zelf. Want een samenleving die aan beide waarden niet slechts lip-

7 Wat mijns inziens trouwens een spanning oplevert met de grondwet, want die legt het non-discriminatiebeginsel niet vast als preferente waarde ten opzichte van andere grondwettelijke vrijheden.

pendienst wil bewijzen, moet er zorg voor dragen dat er een gevoel van vrijheid onder de leden van die samenleving bestaat, én een zekere mate van feitelijke gelijkheid. Vandaar dat die belangenafweging wellicht nog het best kan worden begrepen als een toets op de evenredigheid: er moet steeds onderzocht worden of de gevolgen van het dienen van het ene belang niet te zeer treden in andere te dienen belangen. In de mate dat deze antidiscriminatiewet dus tot een *evenwichtige* belangenafweging bijdraagt, is die een goede zaak. Dat betekent ook dat de werking van de Belgische wet zich niet naar pietluttigheden moet uitbreiden, maar zich best richt op ernstige en systematische schendingen die de menselijke waardigheid raken.⁸ Maar zoals gezegd is dit vooral een empirische kwestie, en we moeten even wachten op gezaghebbende rechtspraak terzake om te weten hoe dit uitdraait. Overigens zal uiteindelijk nog altijd de toets kunnen plaatsvinden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die kan controleren of de Belgische rechter de wet op een evenwichtige, althans EVRM-conforme wijze, heeft toegepast (en dus niet te zeer is getreden in de rechtsstatelijke vrijheidswaarborgen die door het EVRM worden gesteld).

Een derde nuancering komt uit de tweede voort, en heeft betrekking op de vraag of vrijheid en gelijkheid inderdaad noodzakelijk met elkaar strijdig zijn, zoals de critici van de wet lijken te beweren. Meestal worden die dragende waarden van het westerse rechtsbestel inderdaad als communicerende vaten gezien: meer gelijkheid betekent noodzakelijk minder vrijheid en vice versa. Vanzelfsprekend is dit echter niet, want je kan je afvragen welke waarde individuele vrijheidsrechten nog zouden kunnen hebben indien ze niet aan iedereen op *gelijke wijze* toekomen. Vrijheidsrechten die aan sommigen wel en anderen niet toekomen, zijn geen vrijheidsrechten en hebben als dusdanig nul en generlei waarde. Vrijheid is zo begrepen een functie van de gelijkheid, en diegene die een pleidooi houden om het gelijkheidsbeginsel weg te houden uit de verhoudingen tussen burgers onderling, houden eigenlijk een pleidooi voor het installeren van privileges. Zo bekeken gaat het ten gronde in deze wet niet zozeer om de spanning tussen vrijheid en gelijkheid, maar veeleer om de botsing van vrijheden (grondrechten); om een keuze tussen de juridische bescherming van de vrijheidsbeleving van de een dan wel van de ander. Wanneer een homoseksueel wordt geweigerd als leerkracht in een streng christelijke school, staat niet alleen de vrijheid van godsdienst/vereniging tegenover non-discriminatie, maar eigenlijk vooral de vrijheid van godsdienst/vereniging tegenover de

8 Zo begrijp ik ook het pleidooi van Holtmaat, Stop de inflatie van het discriminatiebegrip!, NJB 2003, p. 1266-1276.

vrijheid van seksualiteitsbeleving (privacy). Toch komen we met deze constatering niet zo veel verder, want de vraag die dan rijst is wat de gelijke vrijheid juist behelst. Het gelijkheidsbeginsel is in principe namelijk een lege doos, of beter: een tautologie. Het zegt ons gelijke gevallen op gelijke wijze te behandelen, maar indien wordt gevraagd welke gevallen in concreto gelijk zijn, leert het enkel dat dit de gevallen zijn die niet op ongelijke wijze behandeld dienen te worden. Het beginsel geeft geen enkele beschrijving van de materiële werkelijkheid en het ziet af van iedere vorm van empirische referentie. Het formele gelijkheidsbeginsel – ‘*the concept of justice*’ – laat vele, zelfs zeer vele mogelijke materiële interpretaties – ‘*conceptions of justice*’ – van feitensituaties toe.⁹ Het zijn juist deze ‘conceptions’ die aangeven welke overeenkomsten en verschillen tussen personen toelaatbaar zijn bij het vaststellen van rechten en plichten; welke onderscheidingen wel, en welke niet passend zijn. Het formele gelijkheidsbeginsel werkt als een containerbegrip waarin verschillende ‘conceptions’ zijn opgenomen. Anders gezegd: het beantwoorden van de talloze en complexe vraagstukken die ten aanzien van die gelijkheid *in concreto* rijzen vragen om een metrum aan de hand waarvan de reikwijdte ervan ook kan worden afgemeten. Wat zijn juist waarachtige of relevante verschillen tussen mensen, dragers van rechten, en wat niet? Hier moeten keuzes worden gemaakt die niet altijd objectief kenbaar zijn. Kortom, met het gelijkheidsbeginsel als dusdanig schieten we dus niet zoveel op. En dan komen we terug bij hetgeen zojuist al werd gezegd: het komt op een evenwichtige belangenafweging aan, op het afwegen van vrijheden tegenover elkaar, en op de verplichting van de overheid om burgers te beschermen tegen een *onverantwoorde* inbreuk op hun vrijheid door discriminatie. Deze nuancering, en de vorige, zal volgens de tegenstanders natuurlijk juist onderstrepen dat de wet verwerpelijk is: het openstellen van essentiële waarden aan een afweging is op zich al een probleem, ongeacht of dit zal leiden tot het inbinden van de vrijheid van sommigen. En dit omdat een antidiscriminatiewet immers hoe dan ook een sfeer zal creëren die de soevereiniteit in eigen kring (al was het maar gevoelsmatig) beknot. Deze contra-argumentatie kan ik niet pareren, behalve door te herhalen dat alvast ik verwacht dat het wel zal meevallen, en dat daar ook aanwijzingen voor bestaan.

Een vierde nuancering vervolgens hangt, opnieuw, met de vorige twee samen, en heeft betrekking op het feit dat de Nederlandse AWGB paradoxaal genoeg nu juist tevens bescherming heeft geboden aan de vrijheid

9 Dit onderscheid is bekend geworden door J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press 1976, p. 5-6, die het weer van H.L.A. Hart leende.

om de eigen identiteit, de soevereiniteit in eigen kring dus, te beleven. B.P. Vermeulen wees er tijdens een recent congres te Antwerpen op dat de Nederlandse wetgever, maar vervolgens vooral ook de Commissie Gelijke Behandeling, bij respectievelijk de voorbereiding en de toepassing van de AWGB veel respect hadden voor de rechten en vrijheden van verenigingen, religieuze gemeenschappen, et cetera. Het gevolg van de wet is dus misschien niet zozeer een grotere, maar wel een veel duidelijkere bescherming voor deze groeperingen. Zij weten nu exact wat zij wel kunnen (en dat is veel, gezien de ruimhartige interpretatie van de Commissie), zodat de vrijheid meer zekerheid heeft gekregen. Tevens kan de wet worden gebruikt *door* deze gemeenschappen indien leden ervan gediscrimineerd worden, en hun vrijheid dus wordt beperkt. De wet wordt dus ook vaak in het voordeel van deze gemeenschappen toegepast (bijvoorbeeld hoofddoekjes), en niet alleen of zelfs maar vooral om deze gemeenschappen tot conformisme te dwingen. Waarom zou dit geen effect kunnen zijn van de Belgische wet? Ook uit deze nuancering blijkt trouwens nog maar eens dat het bij deze wet niet zozeer om een botsing tussen vrijheid en gelijkheid gaat, maar veeleer om een botsing van vrijheden.

En dat brengt ons ten slotte tot een vijfde nuancering, die betrekking heeft op de systematiek van de Belgische antidiscriminatiewet. Want in België werd er gekozen voor een zogenaamd open systeem van de wet. Waar in Nederland de AWGB, door zijn gesloten systematiek, de voorrang van de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel in de door de wet bepaalde domeinen op voorhand vastlegt – de rechter wordt in ieder geval minder keuze gelaten, want in principe is het maken van een direct onderscheid niet toegelaten:¹⁰ de wetgever heeft de keuzes al gemaakt ten behoeve van de rechter –, laat de Belgische wet de beantwoording van die vraag volledig over aan de rechter, die zoals gezegd aan belangenafweging moet doen. De Belgische benadering lijkt daardoor meer flexibel. Sommigen noemen de Belgische wet daarom een wet zonder keuzes,¹¹ maar juist dit aspect maakt wat mij betreft de charme ervan uit. Je kunt van de wetgever niet verlangen dat hij op voorhand voorziet in een omschrijving van alle concrete gevallen – ‘conceptions’ – van de gelijkheidsnorm die mogelijk geschonden kunnen

10 Tenzij een van de in de AWGB genoemde uitzonderingen van toepassing is, of er sprake is van indirecte discriminatie waarvoor geen objectieve rechtvaardiging kan worden aangevoerd. Bovendien kunnen burgers op artikel 1 van de Nederlandse Grondwet blijven terugvallen, ook in gevallen van ‘horizontale’ discriminatie op onbenoemde gronden.

11 Zo bijvoorbeeld T. Loenen, Een wet zonder keuzes. Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief, in: *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, p. 783-799.

worden. De werkelijkheid is daarvoor te rijk en te complex. En laten we niet vergeten dat de belangenafweging ook in Nederland via een achterpoortje weer kan binnensluipen, want ook de Nederlandse Commissie Gelijke Behandeling zal toch zo nu en dan de vraag moeten beantwoorden of *in casu* twee gevallen gelijk zijn ten behoeve van toepassing van de wet. En hoe kan zij dit anders doen dan door aan belangenafweging te doen? Bovendien gaat het in België om een wet die werd ingepast in het klassieke systeem van rechtshandhaving. De wet kan dus wel degelijk *concrete* juridische consequenties hebben. En daar schuilt toch wel een belangrijk verschil met de Nederlandse wet, want die heeft voor constatering van schendingen ervan een adviescommissie ingesteld, de al genoemde Commissie Gelijke Behandeling, die slechts kan constateren dat er een inbreuk werd gemaakt op het discriminatieverbod, constatering waar geen juridische consequenties aan verbonden zijn of waar althans de 'gemene' rechter geen rekening mee hoeft te houden (alhoewel de adviezen van de commissie wel gezaghebbend blijken te zijn). De keuze lijkt er dus een te zijn geweest tussen een 'harde' Nederlandse wet, met potentieel softe juridische consequenties, en een 'zachte' Belgische wet die de maatschappelijke keuzes doorschuift naar de rechter, met potentieel harde juridische consequenties. Het lijkt me inderdaad een van die twee opties te moeten zijn. Een harde wet met noodzakelijk harde consequenties was, gegeven de bekommernissen van de critici zoals in de inleiding aangehaald, niet opportuun geweest.